

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N°. 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo”.

PUBLICADO EN:

La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, año 2008, tomo 5, páginas 1388-1397 (año XXIX, número 7054, del Diario la Ley). (ISSN: 0211-2744).

Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N°. 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo.

Javier Chinchón Álvarez
Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Universidad Europea de Madrid.

ABSTRACT:

Este artículo tiene por objeto presentar un análisis del Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Proc. Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N°. 5 de la Audiencia Nacional, en el que se afirma la competencia de la Audiencia Nacional para entender de los crímenes, cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, de detención ilegal sin dar razón del paradero, o desaparición forzosa, en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con delitos contra la Constitución y los altos organismos de la nación.

OPINIÓN:

Como era de esperar, el Auto del Juzgado Central de Instrucción N°. 5 de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008 ha despertado un enorme interés, no sólo entre los especialistas, sino en la sociedad en su conjunto. A mi juicio, más allá de su contenido o de las muy importantes medidas inmediatas que dispone, el motivo esencial es que a través de él, por vez primera después del fin del régimen franquista, y gracias al infatigable trabajo de diversas asociaciones de víctimas y grupos de la sociedad civil, se

afronta directamente en sede judicial un amplio conjunto de gravísimos hechos cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo; equiparables a cualquiera de los más atroces y repugnantes crímenes de Derecho internacional padecidos en la historia.

Pero junto a ello, el Auto presentaba también interés específico para los expertos. Entre otros particulares, porque los denunciantes no buscaban el establecimiento de responsabilidades penales individuales por los crímenes que hubieran podido cometerse; y junto a ello, porque a mi entender, tras la Sentencia del Supremo en el caso *Scilingo*, la “innovadora” solución adoptada por el Alto Tribunal planteaba un escenario jurídico de complejo manejo para el Magistrado-Juez.

El Auto, sin embargo, no se circunscribe a lo que podría considerarse como una posición más “clásica” sobre muchas de las cuestiones en juego, y así construye un interesante, complejo, y quizás también en alguna parte arriesgado, andamiaje jurídico. Sus bases fundamentales son dos: el elemento de contexto de crímenes contra la humanidad, de un lado, y una amplia interpretación de las reglas de conexidad y de lo dispuesto en el artículo 65.1. a) de la LOPJ, del otro.

A partir de aquí, el planteamiento que hace respecto a ciertas características de los crímenes de Derecho internacional/crímenes contra la humanidad de desaparición forzada, es muy destacable, aunque es igualmente probable que choque con muchas de las posiciones más “clásicas” existentes sobre este particular.

En todo caso, el Auto ha puesto sobre la mesa una serie de cuestiones, jurídicas y no-jurídicas, de gran trascendencia; y más allá de otras lecturas, este hecho merece una valoración y estudio detenidos de su contenido.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES. II. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL AUTO DE 16 OCTUBRE DE 2008. II. 1) PLANTEAMIENTO INICIAL. II. 2) LA NATURALEZA DE LOS CRÍMENES DENUNCIADOS Y SUS CONSECUENCIAS. II. 3) LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL. III. A PROPÓSITO DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. IV. ALGUNAS MEDIDAS DE GRAN IMPORTANCIA: GRUPO DE EXPERTOS Y EXHUMACIONES. V. LA DECISIÓN FINAL DEL AUTO.

I. CONSIDERACIONES INAUGURALES.

El Auto que nos disponemos a examinar, Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional, se enmarca en un proceso iniciado a raíz de una serie de denuncias presentadas por distintas asociaciones y particulares a partir de mediados de diciembre de 2006¹, por, en líneas generales, la comisión de crímenes

¹ Tal y como se recoge al inicio del Auto, si bien con alguna errata en cuanto a su denominación oficial, los denunciantes ante la Audiencia Nacional son, en relación a la fecha de denuncia: “14 de Diciembre de 2006, denuncia presentada por D. Marcial Muñoz Sánchez , en nombre propio y de la asociación “NUESTRA MEMORIA, Sierra de Gredos y Toledo”; 14 de Diciembre de 2006, denuncia de la “Associació per a la recuperació de la Memòria Històrica de Catalunya”; 14 de Diciembre de 2006, denuncia de la “Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica en Aragón”; 14 de Diciembre de 2006, denuncia de la “Comisión pola Memoria Histórica do 36 en Ponteareas”; 14 de Diciembre de

contra la humanidad a través de actos de desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil y el franquismo. La terrible gravedad de los hechos denunciados, la expresa apuesta por pretender “olvidarlos” durante la transición política española, la importancia de las cuestiones jurídicas que plantean, pero también la enorme, aún en nuestros días, trascendencia política y social de cualquier decisión y/o iniciativa que aborde lo acontecido en aquel período histórico, hacen de este Auto un texto cuya análisis detenido se torna una labor insoslayable.

Pero a todo lo anterior conviene agregar una singularidad de fondo de notable influencia y complejidad, en tanto que los mismos representantes de los denunciantes han manifestado en varias ocasiones que no es su pretensión la búsqueda o el establecimiento de responsabilidades penales individuales por los crímenes que hubieran podido cometerse. Así, a modo de ejemplo, en una de las primeras denuncias presentadas, la de la *Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca*, se subraya específicamente la que es la demanda básica de la gran mayoría de los denunciantes, esto es, que: “Por todo ello, pedimos el auxilio de la justicia en la localización del paradero o destino final de las personas enumeradas”². De este modo, se presentará una primera cuestión de orden general, a saber, cómo y en qué medida un órgano de la naturaleza del Juzgado/Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional podría atender esta demanda fundamental. Particular que se mantendrá presente, directa o indirectamente, en muchos de los razonamientos del Auto, como iremos viendo.

Ahora bien, del otro lado, es necesario no olvidar que esta ciertamente atípica situación de partida no es otra cosa que una consecuencia más de la tan censurable como deficiente actuación de las autoridades españolas a la hora de enfrentar los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, y atender y dignificar a todas sus víctimas; resultando que tras un tan agotador como infructuoso tránsito entre autoridades e instancias políticas y judiciales, la Audiencia Nacional terminó por presentarse como el único y último recurso efectivo para los familiares-víctimas de los

2006, denuncia de la “Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica de Arúcas”; 15 de Diciembre de 2006, denuncia de la “Associació per a la recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca”; 15 de Diciembre de 2006, denuncia de D^a Carmen Dorado Ortiz; 4 de Junio de 2007, denuncia de D. Teófilo Goldaracena Rodríguez; 18 de Julio de 2007, denuncia de la “Asociación Andaluza Memoria Histórica y Justicia”; 14 de Septiembre de 2007, denuncia de “Politeia, asociación para la defensa y progreso de los intereses ciudadanos”; 24 de Diciembre de 2007, denuncia de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Valladolid; 19 de Mayo de 2008, denuncia de D. Francisco Javier Jiménez Corcho; denuncia de D. Juan Pérez Silva y de D^a Francisca Maqueda Fernández; 28 de Julio de 2008, denuncia de la Asociación “Fòrum per la Memòria del País Valencià”; 31 de Julio de 2008, denuncia de la “Confederación General del Trabajo”; 12 de Septiembre de 2008, denuncia de la “Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Granada” y de D^a Nieves García Catalán; 12 de Septiembre de 2008, denuncia de D. José Luis Cerdeira Villegas; 12 de Septiembre de 2008, denuncia de D. Crispulo Nieto Cicuéndez; 22 de Septiembre de 2008, denuncia de la “Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra”, “Asociación de Héroes de la República y la Libertad”, “Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica en El Bierzo, León, Burgos y Zamora”, “Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Soria”; 26 de Septiembre, denuncia de la “Asociación Todos los Nombres de Asturias”; 3 de Octubre, denuncia de D^a María Nieves Galindo Arroyo; 6 de Octubre, denuncia de “Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló”, de “Izquierda Republicana de Castilla y León”, de D^a Julia Maroto Velasco y de D. Julián de la Morena López.”

² Vid. Denuncia destinada al Juzgado de Instrucción Central de Guardia de la *Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca*, 14 de diciembre de 2006, pág. 31. Original en poder del autor.

desaparecidos forzadas³. Sobre esta cuestión ya me he manifestado en otras ocasiones⁴, con lo que en este punto baste, de un lado, reiterar que pese a lo que a menudo se ha venido afirmado, la popularmente conocida como “Ley de Memoria Histórica”⁵ no ha hecho más que mantener en manos de las víctimas-familiares de los desaparecidos lo que es un deber del Estado⁶, sin perder de vista que, como el mismo Auto destaca, lo que en ella se prevé no impide de ningún modo el ejercicio de acciones y acceso a procedimientos judiciales⁷; y del otro, señalar que la tan justa como cada día menos controvertida demanda de los familiares-víctimas de desaparición forzada bien pudiera ser, o haber sido, un nada desdeñable acicate en o para la resolución que debía enfrentar el Magistrado-Juez instructor en este Auto, tiendo *frente a él* en este labor, a cierta interpretación de la normativa en liza que la colocaría entre unos márgenes singularmente estrechos.

En consecuencia, las peculiares esbozadas van a estar presentes a lo largo de todo el contenido del Auto que, de igual modo, y como no podría ser de otro modo, mantendrá un constante y complejo equilibrio entre los postulados del Derecho internacional y los del Derecho interno español.

II. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL AUTO DE 16 DE OCTUBRE DE 2008.

II.1) PLANTEAMIENTO INICIAL.

³ Como es bien sabido, en atención a la regulación internacional de la figura de la desaparición forzada, son víctimas de este crimen tanto la persona desaparecida como “toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada” (véase, por ejemplo, artículo 24.1 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas). Junto a ello, debe tenerse en cuenta que como en varias ocasiones ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en determinadas circunstancias el familiar-víctima de una desaparición forzada es también víctima de un acto de tortura, trato inhumano, cruel o degradante (consúltense, entre otros, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Kurt c. Turquía*, sentencia de 25 de mayo de 1998, en *Reports 1998-III*, párrs. 130-134; *Çakici c. Turquía*, sentencia de 8 de julio de 1999, n.º. 23657/94, párrs. 88-99, en especial 98; *Orhan c. Turquía*, sentencia de 18 de junio de 2002, n.º. 25656/94, en especial párr. 358; *İpek c. Turquía*, sentencia de 17 de febrero de 2004, n.º. 25760/94, párrs. 178-183, en especial párrs. 181-183; *Osmanoğlu c. Turquía*, sentencia de 24 de enero de 2008, n.º. 48804/99, en especial párrs. 96-97).

⁴ Así, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “*El viaje a ninguna parte*: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 45, enero-junio de 2007; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Transición española y Justicia Transicional: ¿Qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política española”, en GÁLVEZ BIESCA, S. (coord.): *La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo*, Número monográfico de *Entelequia, Revista Interdisciplinar*, núm. 7, septiembre de 2008; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la ‘Ley de Memoria Histórica’”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Foro, Nueva Época*, núm. 7/2008, (en prensa).

⁵ En atención a su denominación oficial: Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, en B.O.E. núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

⁶ Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “*El viaje a ninguna parte...*”, *op. cit.*, en especial págs. 196 y ss.; así como el más específico, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “La Convención Internacional...”, *op. cit.*, en especial págs. 51-55.

⁷ Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Decimoquinto.

Probablemente consciente de la enorme trascendencia, y quizás oposición, que a todos los niveles estaría llamada a tener su decisión -lo que apúntese al menos, difícilmente se concilia con cierta falta de precisión en algunos aspectos de su literal-, el Auto comienza en su Razonamiento Jurídico Primero por señalar expresamente, por una parte, “que la acción de la justicia (...) se produce con el máximo respeto para todas las víctimas que padecieron actos violentos execrables, masacres y gravísimas violaciones de derechos durante la Guerra Civil y la posguerra, con independencia de su adscripción política, ideológica, religiosa o de cualquier otra clase, y, sin que se establezca razón de diferenciación alguna entre ellos por tales circunstancias”⁸; y por otra, que “con este procedimiento no se trata de hacer una revisión en sede judicial de la Guerra Civil española; ni esa es la intención de los denunciantes ni puede serlo desde el punto de vista jurídico penal del instructor, ya que ello supondría la formación de una especie de causa general”⁹. En similar línea interpretativa habría de valorarse la mención que se hace en el Razonamiento Jurídico Decimoprimer o a las “Diligencias Indeterminadas 70/1998”, es decir, la desestimación, primero en 1998 y confirmada después en el año 2000, de la querrela presentada por parte de la “Asociación de Familiares y Amigos de Víctimas del Genocidio de Paracuellos del Jarama” contra Santiago Carrillo, el Partido Comunista, el Partido Socialista Obrero Español, la Comunidad de Madrid y el Estado español por los delitos de genocidio, torturas y terrorismo que se sostenía que habían sido cometidos en la horrida masacre de Paracuellos del Jarama¹⁰. Y así que a tenor de los términos en los que se expresa el Auto en este punto, parece querer subrayar que no existe agravio comparativo posible entre la resolución sobre ese caso y la que se dará sobre los hechos que ahora está examinando¹¹; si bien, cabe preguntarse si la expresa consignación de esta poca conocida querrela no terminará por producir efectos contrarios a los posiblemente pretendidos por el Magistrado-Juez.

Sea como fuere, el Auto destaca, de igual modo, que a diferencia de lo ocurrido con otros crímenes cometidos durante la Guerra Civil, “los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad (artículo 607 bis del Código Penal actual)”¹².

A partir de estas pautas, el Auto ciertamente concreta la labor del órgano jurisdiccional en lo acaecido principalmente en un muy extenso espectro temporal; concordante con la amplitud de los hechos denunciados ante la Audiencia. Así, distingue específicamente tres períodos, a saber: “1ª) La de represión masiva a través de los Bandos de Guerra y que comprende desde el 17 de Julio de 1936 a Febrero de 1937. 2ª) La de los Consejos de Guerra sumarísimos de urgencia entre Marzo de 1937 y los primeros meses de 1945. 3ª) La acción represiva entre 1945 y 1952 marcada por la

⁸ Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Primero, párr. 2.

⁹ Vid. *Ibíd.*, párr. 3.

¹⁰ Sobre este particular, puede consultarse GIL GIL, A.: “Justicia Transicional en España”, Proyecto 2008 del Grupo latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional: La justicia de transición en América Latina, págs. 45-46. Original en poder del autor.

¹¹ Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Decimoprimer o.

¹² Vid. *Ibíd.*, Razonamiento Jurídico Primero, párr. 1. En sentido similar, véase el Razonamiento Jurídico Decimocuarto.

eliminación de guerrilleros y personas que les apoyaban”¹³. Todo ello, sin perjuicio de ampliar estos límites temporales si aparecieran otros casos posteriores, siempre y cuando, aclara, se hallasen integrados en el plan sistemático de desaparición, objeto de investigación fundamental de la causa¹⁴. Desde estos parámetros, el Auto valora y describe pormenorizadamente lo que parcialmente el ya célebre informe de Leo Brincat calificó como “deeply disturbing Franco’s human rights record”¹⁵; hecho, resulta evidente, de sobresaliente trascendencia, y desde luego no ajeno a parte del reconocimiento debido buscado por muchos de los denunciantes, como el mismo Auto se encarga de destacar¹⁶. En este sentido, son singularmente reveladoras las siguientes líneas: “... de los hechos que acontecieron posteriormente al 18 de Julio de 1936, se constata que el alzamiento o insurrección armada que se materializó en esa fecha, fue una decisión perfectamente planeada y dirigida a acabar con la forma de Gobierno de España, en ese momento, atacando y ordenando la detención e incluso la eliminación física de personas que ostentaban responsabilidades en los altos Organismos de la Nación y ello, como medio o al menos como paso indispensable para desarrollar y ejecutar las decisiones previamente adoptadas sobre la detención, tortura, desaparición forzada y eliminación física de miles de personas por motivos políticos e ideológicos, propiciando, asimismo, el desplazamiento y exilio de miles de personas, dentro y fuera del territorio nacional, situación que continuó, en mayor o menor medida, durante los años siguientes, una vez concluyó la Guerra Civil...”¹⁷. Así, y aun en una primera aproximación eminentemente provisional, cifra el número de víctimas de desaparición forzada en estos períodos en 114.266 personas¹⁸.

Ahora bien, el párrafo reproducido deja entrever ya lo que serán los dos pilares esenciales del razonamiento que se despliega en el Auto. Tal y como se expone, en primer lugar, lo relativo a la atribución competencial de la Audiencia Nacional; en segundo, lo que se refiere a la posibilidad de investigar, y en su caso, sancionar los crímenes cometidos. De este modo, el vínculo competencial aparece en estas líneas dirigido ya a lo dispuesto en el artículo 65.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante), como después se desarrollará en el Razonamiento Jurídico Decimosegundo; y la aplicación potencial de instituciones como la imprescriptibilidad, ciertas consecuencias del carácter permanente de los crímenes en cuestión, o la imposibilidad de amnistiar, se construye a partir de su caracterización como crímenes de Derecho internacional, en este caso, crímenes contra la humanidad; naturaleza que el Auto valora como “clara” ya desde el Razonamiento Jurídico Segundo. Para ello, el mismo Auto se verá avocado a servirse de los singulares márgenes de la, en mi opinión, tan poco afortunada como confusa decisión del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*¹⁹.

¹³ Vid. *Ibíd.*, párr. 6.

¹⁴ Cfr. *Ibíd.*, Razonamiento Jurídico Sexto.

¹⁵ CONSEJO DE EUROPA: “Need for international condemnation of the Franco regime”, Doc. 10078, Ref. 2926, de 2 de marzo de 2004, adoptado por unanimidad el 4 de octubre de 2005.

¹⁶ Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Decimocuarto.

¹⁷ Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Tercero.

¹⁸ Cfr. *Ibíd.*, Razonamiento Jurídico Sexto.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo N°: 798/2007, de 1 de octubre de 2007. En lo que aquí interesa, sobre esta sentencia puede acudir a OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 64-67, 161-183, cuya posición y conclusiones comparto en este extremo. Para una perspectiva parcialmente divergente, véase GIL GIL, A.: “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*”, en *Nuevos Desafíos del Derecho penal internacional* (en prensa, original en poder del autor).

En verdad, con independencia de la naturaleza de los crímenes denunciados, si acudimos al literal del Auto, el Magistrado-Juez nos comparte la existencia no de dos, sino de siete cuestiones clave que a su juicio podrían ser problemáticas para poder entender de los hechos denunciados; aspectos que él mismo califica a través del llamativo vocablo de “escollos”; a saber: “El de la irretroactividad de la ley penal que recoge el delito citado con posterioridad a la comisión de los hechos y su conflicto con las normas consuetudinarias de derecho penal humanitario que han sido ratificadas por España y que forman parte del denominado “*ius cogens*” y que ya han sido citadas. La cuestión de la permanencia o no permanencia delictiva de los hechos, esencialmente de detenciones ilegales (desaparición forzada de personas) en las cuales aún no se ha dado razón cierta del paradero de las víctimas y su incidencia sobre la prescripción. El de la posible aplicación de la amnistía a los hechos denunciados. La competencia de este Juzgado y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en función del concurso de delitos que puede darse. Identificación de las personas posibles responsables de los mismos delitos a los que se refieren las denuncias presentadas. La protección de las víctimas de estos hechos”²⁰. Con todo, a efectos expositivos, nosotros agruparemos todas estas cuestiones bajo los dos pilares que hemos identificados; comenzado por el segundo de ellos, y destacando sus aspectos más relevantes.

II.2) LA NATURALEZA DE LOS CRÍMENES DENUNCIADOS Y SUS CONSECUENCIAS.

Tras lo que hemos ido apuntando, y como ya hemos advertido, el Auto no dedica grandes esfuerzos a la búsqueda de una figura penal en la que subsumir los hechos denunciados, y ya casi desde el comienzo determina su calificación como crímenes contra la humanidad; esto es, si atendemos al Código Penal español, estaríamos ante las conductas previstas en su artículo 607bis, y más en concreto en el 607bis. 2.6):

“1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

(...)

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

(...)

6. Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida”.

Con todo, es a lo largo de los Razonamiento Jurídico Segundo y Tercero, y parcialmente también del Cuarto al Sexto, cuando el Auto pasa a describir y valorar tanto los elementos materiales como el *mens rea* de los comportamientos denunciados, concluyendo que “... debe quedar claro, en esta fase inicial del procedimiento, y a los

²⁰ Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Séptimo.

efectos de concretar cuál fue la acción desplegada (“alzamiento nacional” o insurrección armada el 18 de Julio de 1936) que, con ésta, los rebeldes pretendieron alzarse contra el Gobierno legítimo y exterminar a los opositores, en forma sistemática. Quienes se alzaron o rebelaron contra el Gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la Constitución entonces vigente y contra los Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas, torturas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos, y provocaron el exilio forzoso de miles de personas. A fecha de hoy se desconoce el paradero de miles de estos detenidos y, esa acción es precisamente la que determina que ahora se esté planteando la exigencia de responsabilidades en esta instancia”²¹. A lo que añade posteriormente que el sistema de desaparición forzada fue utilizado sistemáticamente con la intención de imposibilitar o dificultar la identificación de las víctimas y así impedir cualquier acción de la justicia hasta el día de la fecha²².

Sin atender expresamente a las diversas formas de autoría y participación en crímenes de esa naturaleza, más allá de la mención genérica a los artículos 28 y 29 del Código Penal, el Auto centra su atención inicial como presuntos responsables de los actos criminales considerados en los máximos responsables políticos y militares del momento, y así señala a los miembros de las sucesivas Juntas Militares en tiempo de guerra, y los gobiernos sucesivos, al menos en las estructuras estrictamente político-militares, sin olvidar la acción de estructuras paramilitares como La Falange²³. Si bien, lo hace, como específicamente indica en este momento, sin perjuicio de que existan otros posibles responsables no identificados aún, que junto con la estructura dirigente hubieran participado en la ideación y desarrollo del plan sistemático de exterminio, y de que puedan existir personas vivas que pudieran haber cometido hechos concretos que deban ser objeto de investigación separada en cada caso y según las datos de los que se disponga²⁴. Con todo, debe tenerse en cuenta que esta última precaución habrá de ser cuidadosamente valorada atendiendo a lo también indicado en el Razonamiento Jurídico Decimotercero. En todo caso, dejemos aquí apuntado este potencial conflicto, al que volveremos en el apartado III de este trabajo.

Sentado lo anterior, desde un punto de vista teórico lo que puede ser verdaderamente complejo es determinar si en el momento de la comisión de los crímenes contra la humanidad en cuestión, tales actos eran igualmente criminales al menos según el Derecho internacional, en el sentido de generar la responsabilidad individual de sus autores; cuestión ésta, como es sabido, no exenta de polémica dentro de los especialistas, y cuyo estudio detallado excedería de las posibilidades y objeto del presente comentario. No obstante, en este punto el Auto, aunque de hecho hace suya la posición que aboga por el carácter criminal de esos actos sobre la base de la normativa internacional identificable ya desde finales del siglo XIX-principios del XX²⁵, parece no querer entrar de lleno en la polémica, quizá porque tiene ante sí un problema inmediato de notable envergadura: La interpretación dada del principio de legalidad penal-principio de irretroactividad en la ya referida Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*; teniendo en mente que, como es conocido, la incorporación del tipo penal de los crímenes contra la humanidad en España se dio a través de la Ley Orgánica 15/2003

²¹ Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Tercero.

²² Cfr. *Ibíd.*, Razonamiento Jurídico Sexto.

²³ Cfr. *Idem.*

²⁴ Cfr. *Idem.*

²⁵ Cfr. *Ibíd.*, en especial Razonamiento Jurídico Segundo.

de 25 de noviembre. Así, frente a la figura que muchos hemos defendido²⁶, que habilita prescripciones como el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que la misma Audiencia Nacional hizo suya en su Sentencia de 18 de Abril de 2005²⁷, y que ha sido admitida y aplicada por diversos Tribunales nacionales²⁸ e internacionales²⁹, esto es, frente a lo que a veces se ha venido a conocer como “aplicación retrospectiva del Derecho internacional penal”, la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo* oponía objeciones de compleja solución para el caso que nos ocupa. Pero precisamente, será sobre la discutible y “novedosa” interpretación que introdujo el Alto Tribunal, que el Magistrado-Juez construirá su argumentación en este punto; no sin, dicho sea de paso, dejar caer cierta disconformidad con parte de la Sentencia del Tribunal Supremo³⁰.

De este modo, el razonamiento del Auto se desplegará en los siguientes términos: “Pese a todo (...), el Tribunal Supremo reconoció en esta sentencia – y lo reconoció, precisamente, a los efectos de reafirmar la competencia de los tribunales españoles, en virtud del principio de jurisdicción universal – que el contexto de ataque generalizado y sistemático contra una parte de la población civil en el que se cometen determinados crímenes comunes, como los asesinatos, torturas, detenciones ilegales y otras, es válido para encuadrarlos en el ámbito de los crímenes contra la humanidad, aunque éstos no estuvieran tipificados como tales en el momento de la comisión de los hechos. Esto es, cabalmente, lo que ha sucedido en los hechos objeto de este proceso penal. Aunque los crímenes contra la humanidad no estaban vigentes como tales en el momento del comienzo de la ejecución de los mismos, ya entonces formaban parte del contexto en el que se cometieron los delitos en particular, que, aunque estaban tipificados como tales hechos delictivos, no fueron cometidos como delitos aislados, sino como una parte de un plan de ataque generalizado y sistemático contra una parte de la población civil”³¹. Dicho de otro modo, aunque se quiera defender que hasta la completa tipificación en el Derecho interno de los crímenes contra la humanidad éstos no podían perseguirse, y que cumplido este requisito, sólo puede hacerse de esa fecha en adelante, los hechos examinados en el Auto sí fueron cometidos en el *contexto* propio de los crímenes contra la humanidad, siendo que si en *Scilingo* esto le valió al Tribunal Supremo para, entre otras cosas, anclar la jurisdicción de los tribunales españoles, en esta ocasión, sostiene el Auto, permite igualmente la incorporación de (otras) características propias de los crímenes de Derecho internacional.

²⁶ A este respecto, además del completo trabajo ya referido OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal...*, op. cit., 161-183, puede acudir a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007, págs. 176-180, así como a la abundante bibliografía que se recoge.

²⁷ Sobre la misma, puede verse GALÁN MARTÍN, J. L.: “El Caso *Scilingo*: breve crónica judicial”, en *Revista La Ley Penal*, nº. 25, año III, 2006; así como CAPELLÀ I ROIG, M.: “Los crímenes contra la humanidad en el caso *Scilingo*”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº. 10, 2005; y OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal...*, op. cit., págs. 64-66, cuyas posiciones comparto. Para una valoración contraria, puede acudir a GIL GIL, A.: “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso *Scilingo*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 7, 2005.

²⁸ Para algunas de estas decisiones, puede verse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho internacional y...*, op. cit., págs. 178-179

²⁹ Véase, a modo de ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: “Decision as to the admissibility of Application no. 23052/04 by August Kolk and Application no. 24018/04 by Petr Kislyiy against Estonia”, 17 de enero de 2006, disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/TheLaw>.

³⁰ Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Noveno.

³¹ *Vid. Idem.*

Ahora bien, aun con ello, seguiría completamente presente el problema del tipo penal a aplicar entonces, y para ello, el Magistrado-Juez acude al Código Penal vigente en el “momento inicial” de comisión de los crímenes, el Código Penal de 1932, e invoca los artículos 474 a 476, en los que se tipificaban las detenciones ilegales; figura penal que ha perdurado hasta el actual Código Penal español.

En consecuencia, es a través de esta compleja, discutible y si se quiere hasta arriesgada construcción jurídica, mas, no lo olvidemos, inspirada en la propia interpretación de referencia del Tribunal Supremo, como estaríamos finalmente ante una serie de delitos comunes, pero investidos de ciertas características propias de los crímenes de Derecho internacional, sobre la base del *contexto* de crímenes contra la humanidad en que fueron cometidos.

A este respecto, y con vistas a dar un paso más y concretar al tiempo algunas consecuencias de lo que hemos expuesto, conviene reproducir determinadas consideraciones del mismo Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*. Así, señaló el Tribunal en aquella ocasión: “... las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido de injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo. Dicho con otras palabras, esas circunstancias añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal. No es preciso examinar aquí la cuestión de la prescripción, pues en todo caso no transcurrieron veinte años desde los hechos hasta la querrella o hasta el acuerdo del Juez para citar como imputado al recurrente”³². Pese a la puerta abierta por el Tribunal Supremo, Magistrado-Juez, en relación a lo posible prescripción de los presuntos delitos identificados, sólo de pasada esgrime la imprescriptibilidad apuntada por el Tribunal Supremo³³, centrando sus argumentos en otro particular: El carácter permanente de los crímenes considerados.

La esencia del argumento del Auto sobre este particular puede condensarse en el siguiente párrafo: “Los hechos descritos y acontecidos a partir del 18 de Julio de 1936, además de inscribirse en la categoría de crímenes contra la humanidad, integran la figura de la detención ilegal, sin que las autoridades y responsables que propiciaron la desaparición de las víctimas hayan facilitado el lugar, o las claves para hallar la ubicación de los cuerpos, situación que permanece, en la gran mayoría de los casos, hasta el día de hoy. Es decir, sin haber dado razón del paradero de muchos de los detenidos, de modo que, si se facilitaran los listados y se encontraran los cuerpos, dejaría de cometerse el delito. Se trata, por tanto, mediante esta investigación, entre otros objetivos, de poner fin a la comisión de un delito permanente”³⁴. No cabe duda de que si estuviéramos antes meros delitos comunes, tal valoración podría resultar

³² Vid. Sentencia del Tribunal Supremo N°: 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Fundamento Sexto, párr. 9.

³³ Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamientos Jurídicos Decimoprimer y Duodécimo.

³⁴ Vid. *Ibíd.*, Razonamiento Jurídico Noveno.

problemática ante la interpretación dada sobre este extremo por los Altos Tribunales españoles, pero es probable que la respuesta fuera diferente si volvemos la vista a la naturaleza, aun por *elemento de contexto*, internacional de los crímenes analizados según el razonamiento que hemos resumido.

Lo cierto es que el propio Auto no se detiene apenas en este particular, más allá de algunas referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁵, con lo seremos nosotros quienes traeremos a colación la definición internacional universalmente aceptada de la desaparición forzada de personas, recientemente codificada en el artículo 2 de la ya referida Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: “se considera desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, *sustrayéndola a la protección de la ley*”³⁶. A lo que habrá que añadir que: “1. Todo Estado Parte que aplique un régimen de prescripción en lo que respecta a las desapariciones forzadas tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: (...); b) *Se cuente a partir del momento en que cesa el crimen de desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo o permanente del crimen de desaparición forzada*”³⁷. Formulación que hay que leer en conjunción con el artículo 24.2, es decir, “la obligación de continuar con la investigación *hasta establecer la suerte de la persona desaparecida*”³⁸, y similar a la contenida en el artículo 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se especifica que: “Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos”³⁹.

Aclarado lo anterior, consecuentemente y en la misma línea que se abrió en virtud de la caracterización de los hechos denunciados como crímenes de Derecho internacional, crímenes contra la humanidad, por razón del elemento de *contexto*, el Auto evalúa la validez de la Ley de Amnistía de octubre de 1977⁴⁰. Aunque en este punto aparecen también algunas breves consideraciones respecto al carácter permanente de la detención ilegal/desaparición forzada, en el sentido de sostener que la permanencia delictiva evita la aplicabilidad de esa medida legislativa, ya que, por su naturaleza la acción se sigue produciendo hasta el día de la fecha de hoy⁴¹, a mi modo de ver son otros argumentos los que requieren nuestra mayor atención. Así, al margen de otras menciones, y de más que discutibles afirmaciones sobre la restricción de esta ley a los “delitos políticos”, en el Auto se esgrime adecuadamente un conjunto de prescripciones y jurisprudencia internacionales que, fuera de toda duda, han proscrito las amnistías absolutas cuando estamos ante comportamientos como los crímenes contra la

³⁵ Cfr. *Ibíd.*, Razonamiento Jurídico Décimo.

³⁶ La cursiva es mía.

³⁷ *Vid.*, artículo 8.1 de la Convención. La cursiva es mía.

³⁸ La cursiva es mía.

³⁹ Sobre toda esta cuestión puede acudir a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “La Convención Internacional...”, *op. cit.*, así como a la amplia bibliografía que se recoge.

⁴⁰ B.O.E. Número 248, de 17 de octubre de 1977.

⁴¹ Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Decimoprimer.

humanidad⁴². En este sentido, conviene entonces solamente recordar que más allá de la opinión de cada uno pueda tener sobre las bondades o defectos de esta medida legislativa en el momento en que se aprobó, los principios de identidad o continuidad del Estado, buena fe, y *pacta sunt servanda* conducen a la evidente conclusión de la necesidad de respeto de la normativa interna a las obligaciones internacionales contraídas por España⁴³. Sin perjuicio entonces de la validez de los argumentos del Auto, quizá sí hubiera sido de desear, en este punto, bien alguna referencia al Derecho internacional consuetudinario relevante en el momento de aprobación de esta ley, esto es, cuando se pretendió extinguir la responsabilidad penal por los crímenes cometidos, bien, si se quiere obviar este complejo debate, una mención más expresa al artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España el 27 de abril de 1977 (entrada en vigor el 27 de julio de 1977), cuya oposición con el articulado pertinente de la Ley de Amnistía es, a mi juicio, evidente en lo que aquí nos ocupa.

Tras todo lo visto, el sin duda complejo andamiaje jurídico que hemos examinado, sostenido singularmente en la puerta entreabierta por la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*, permite al Magistrado-Juez encauzar *la serie de escollos* que él mismo se ha señalado, como dijimos al comienzo. No obstante, queda otra cuestión pendiente, otro *escollo* esencial: La competencia del órgano jurisdiccional; particular que nosotros abordaremos en el siguiente apartado.

II.3) LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL.

La argumentación en este punto es notablemente breve; desarrollándose en los siguientes términos: Los crímenes denunciados, como ya hemos señalado, básicamente desapariciones forzadas de personas, se sostiene en el Auto que fueron llevados a cabo como parte esencial, con la finalidad concreta, de acabar con el sistema de Gobierno y los Altos Organismos que lo representaban⁴⁴; de ahí, continúa el Magistrado-Juez, que “el delito contra los altos organismos de la Nación vaya unido en forma inseparable al producido, en conexión con él; en este caso, la muerte sistemática, la desaparición forzada (detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero, la tortura y el exilio forzados, entre otros”⁴⁵. De este modo, y en virtud de una ciertamente arriesgada interpretación de la competencia por conexidad de delitos, se afirma la competencia de la Audiencia Nacional, como órgano encargado de conocer de los delitos contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno, tal y como dispone el artículo 65.1 a) de la LOPJ.

Sin ningún ánimo de especular sobre el porqué de esta articulación jurídica, lo cierto es que el mismo Auto parece invitarnos hacia la deficiente legislación existente en este punto. Así, si atendemos al artículo 23.4 de la LOPJ, la conclusión obvia es la

⁴² Cfr. *Idem*.

⁴³ Para una primera aproximación sobre este particular, puede consultarse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Transición española y Justicia Transicional...”, *op. cit.*

⁴⁴ Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Decimosegundo.

⁴⁵ *Vid. Idem*.

competencia de la Audiencia Nacional si estamos ante (ciertos) crímenes de Derecho internacional cometidos fuera de España, pero si esos mismos crímenes fueran cometidos en el territorio sometido a la jurisdicción española, podríamos preguntarnos: ¿cuál sería el órgano jurisdiccional competente? La respuesta inmediata que podría venirnos a la mente es el órgano jurisdiccional del lugar donde se hayan cometido los hechos, pero ¿sería adecuada la misma resolución al interrogante si a quien se pretende enjuiciar no es al autor material del crimen, sino a aquel o aquellos que planificaron y ordenaron su comisión en todo el territorio nacional? Dicho en términos más concretos, en este caso, en los de la Asociación Española para el Desarrollo y la Aplicación del Derecho Internacional de los Humanos: “¿Cómo no reconocer, *a fortiori*, su competencia (de la Audiencia Nacional) y proclamarla igualmente cuando los crímenes se han cometido *dentro* de ese ámbito, de forma sistemática o generalizada, en atención particularmente a la entidad, dimensión y efectos de crímenes internacionales que se proyectaron para todo el territorio del Estado bajo la cubierta de sucesivos bandos militares, decretos y leyes de los sublevados?”⁴⁶. Con todo, el estricto literal de la LOPJ muy probablemente nos llevaría a una respuesta que, a mi juicio, no sería precisamente la más ajustada para enfrentar estas formas de autoría en crímenes como los aquí considerados, teniendo además presentes excepciones como las previstas en los artículos 65.1 c) y d) de la LOPJ; pero posiblemente la defensa de una interpretación restrictiva de las reglas de atribución de la competencia de la Audiencia Nacional, y sobre todo de la improrrogabilidad de la jurisdicción, en el sentido del artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no nos dejaría mucha más alternativa.

Ahora bien, en la línea de los interrogantes que recogíamos, puede resultar llamativo que el Magistrado-Juez no acuda aquí de nuevo, directa o subsidiariamente, a la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*. Y es que sobre este particular, también dejó otra puerta entreabierta del siguiente modo: “El artículo 23.4 de la LOPJ no se refiere expresamente a los crímenes contra la Humanidad. Sí lo hace al genocidio. Y por la vía del apartado h) es posible entender que es aplicable a los crímenes de guerra contemplados en los Convenios de Ginebra. Tampoco contiene una mención expresa al crimen de agresión, probablemente porque aún no existe un consenso internacional suficiente para su definición. En principio no parece razonable entender que la ley española excluye la jurisdicción de los Tribunales internos respecto de los crímenes contra la Humanidad cuando la acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los Derechos Humanos básicos (...). 6. Finalmente, la prohibición de la analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punibilidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas. Y entre el delito de genocidio y los crímenes contra la Humanidad es apreciable una profunda similitud, no solo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español. (...) Nada impide, pues, una interpretación del artículo 23.4 de la LOPJ, en el sentido de establecer la jurisdicción de los Tribunales españoles”⁴⁷. De este modo, pese a ciertos problemas que esta senda adoptada por el

⁴⁶ Vid. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA EL DESARROLLO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS HUMANOS: “Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la Dictadura”, DP 399/2006-E, 30 de abril de 2008, pág. 55. Original en poder del autor.

⁴⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo Nº: 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Fundamento Séptimo, párrs. 4 y 6.

Tribunal Supremo bien pudiera plantear, su apuesta por recurrir a la analogía en este punto es evidente, y quizá su argumentación también hubiera podido ser invocada, *mutatis mutandis*, por el Magistrado-Juez en el Auto que comentamos, para sostener la competencia de la Audiencia Nacional en atención a los motivos que hemos esbozado *supra*.

Cabría finalmente apuntar aquí otra cuestión que, si bien no es mencionada en el Auto, podría presentar algún interés en el futuro. En este sentido, conviene traer a colación el artículo 102 de la Constitución, esto es, la previsión que establece que la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, llegado el caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Y es que, tal y como hemos señalado ya, el Auto centra su atención inicial como posibles responsables de los actos criminales a examen en varias personas que, en realidad, por su condición probablemente habrían de ser juzgados por el mismo Tribunal Supremo. Con todo, esta cuestión es realmente más bien teórica o formal, por los motivos que señalaremos en las próximas páginas.

Todo lo indicado permite concluir en este punto que ante el panorama legislativo existente, el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción N°. 5 termina por acudir a una solución, o construcción, propia, que a través de una audaz interpretación de las reglas de conexidad y de lo dispuesto en el artículo 65.1. a), le llevará a terminar por afirmar la competencia de la Audiencia Nacional sobre los hechos denunciados.

III. A PROPÓSITO DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.

Los Razonamientos Jurídicos Decimotercero a Decimoquinto abordan algunos aspectos interesantes, que enlazan directamente con la cuestión de orden general que apuntamos al comienzo de este comentario. A este respecto, el inicio del Razonamiento Jurídico Decimotercero es singularmente iluminador: “De las tres finalidades fundamentales del proceso penal, averiguar si se ha cometido un delito, si éste ha sido ejecutado por una o varias personas y si las víctimas han visto resarcido su derecho, en el caso de autos, resulta evidente que existen presuntamente varios y graves delitos, que no se excluye la existencia aún de posibles responsables, aunque no en grado de alta responsabilidad, y que existen víctimas a las cuales debe resarcírseles en su derecho y hacer todo lo posible porque averigüen el lugar de inhumación de sus familiares, con el fin de constatar los delitos producidos y la cesación de los efectos del delito, hasta cuyo momento, éste se sigue cometiendo (...) la posible inexistencia de responsables directos o indirectos de estos crímenes, no impide la necesidad de contar con datos esenciales para la concreción de la calificación indiciaria de los hechos, así como la necesidad de otorgar protección a las víctimas, máxime cuando al día de hoy permanecen desaparecidas...”. La lectura de estas líneas podría llevar a la conclusión de que aunque no haya sujeto/s a los que exigir responsabilidad penal alguna, el proceso iniciado ante la Audiencia Nacional habría de continuar, y precisamente hacia esta senda parece llevarnos el Razonamiento Jurídico Decimocuarto, que se presenta bajo es ilustrativo título de “Sobre la protección de las víctimas de estos hechos”. Sin embargo, el Magistrado-Juez parece no decidirse realmente por fijar una posición definitiva sobre

este complejo y polémico particular, ya que al tiempo de sostener lo indicado, advierte que habrá de ser él mismo el que “decida sobre el sobreseimiento por vía del artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 130.1º del C. Penal (extinción de responsabilidad penal por fallecimiento), una vez certificada oficialmente, en su caso, la defunción de todos los altos responsables”⁴⁸. La pregunta que podemos hacernos entonces es inmediata: ¿Certificada oficialmente la defunción de todos los altos responsables se decidirá o no el sobreseimiento? Bien pudiéramos decir que el texto del Auto nos ofrece evidencias o argumentos para defender cualquiera de las dos respuestas.

En todo caso, el Razonamiento Jurídico Decimocuarto ingresa completamente en el ámbito del Derecho internacional, y con cierto detalle recoge básicamente algunos puntos clave de los conocidos como Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones⁴⁹. Sobre la base de lo en ellos previsto, concluye el Auto: “Por tanto, optar por la no apertura del procedimiento sería una instrumentalización negativa de la justicia. En efecto, iniciar la investigación de un delito que se sigue cometiendo al día de hoy y que nunca ha sido, hasta ahora, denunciado en sede judicial, no es más que cumplimiento estricto de la ley por encima del éxito o fracaso de la iniciativa y una forma de rehabilitación institucional, ante el silencio desplegado hasta la fecha, que no sólo ha otorgado *de facto* la extinción de la responsabilidad penal sino la impunidad. Establecer la existencia y comisión del delito puede tener unas consecuencias civiles y patrimoniales importantes, además de permitir el ejercicio del derecho a la memoria, como derecho de ámbito y contenido internacional”⁵⁰. Puede llamar la atención la ausencia de menciones a la normativa interna pertinente sobre este particular, como de igual modo, quizá hubiera sido oportuna una exposición más específica de las disposiciones relevantes del ya citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de las decisiones concordantes del Comité de Derechos Humanos⁵¹; todo ello, es evidente, para dotar de contenido más preciso al mandato del artículo 10.2 de la Constitución española en relación con el 24.1.

IV. ALGUNAS MEDIDAS DE IMPORTANCIA: GRUPO DE EXPERTOS Y EXHUMACIONES.

Aunque la parte dispositiva del Auto no se inicia hasta su página 66, en los Razonamientos Jurídicos Decimosexto a Decimoctavo se toman ya importantes decisiones concretas. Así, como consecuencia de todo lo que hemos ido comentando, y tras reiterar las dificultades fácticas que la investigación de los hechos denunciados

⁴⁸ Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Decimotercero.

⁴⁹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 de abril de 2005.

⁵⁰ Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Decimocuarto.

⁵¹ Sobre esta cuestión en lo que ahora ocupa, puede verse ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA EL DESARROLLO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS HUMANOS: “Informe sobre el derecho...”, *doc. cit.*, págs. 11-21.

plantean, el Magistrado-Juez acuerda la creación de un grupo de expertos y otro de Policía Judicial con el fin de desarrollar las labores de búsqueda y localización para, en un plazo razonable, ofrecer a las víctimas una respuesta acorde con las peticiones señaladas⁵². En lo que se refiere al grupo de la Policía Judicial, integrado por un jefe de grupo y nueve funcionarios, señalar que su misión será la localización y sistematización de víctimas, la obligación de averiguación de las circunstancias de su desaparición y muerte y específicamente de las personas que intervinieron en la misma, y, asimismo deberán de continuar, bajo la directriz de la autoridad judicial competente, la investigación hasta que se acredite suficientemente la comisión de los hechos denunciados; labor para la que se le confiere los poderes necesarios, y en la que actuará por delegación de la autoridad judicial competente en cada lugar. Por su parte, respecto al mucho más trascendente “Grupo de Expertos”, indica el Auto: “El grupo de expertos, para cuya formación se solicitará a las partes que, de común acuerdo, designen el nombre de cinco personas, a las que se unirán otras dos que serán nombradas por este Juzgado, tendrá como misión en su pericia (...), estudiar, analizar y valorar y dictaminar sobre el número, lugar, situación e identificación de las víctimas en un solo informe que incluya el número total de víctimas en el período estudiado (17 de Julio de 1936 hasta el 31 de Diciembre de 1951), diferenciándolos, luego de estudiar todos los datos aportados y que se aporten a la causa, en tres grupos: 1) Personas detenidas y desaparecidas hasta el día de la fecha, con propuesta de localización y métodos de recuperación e identificación de restos. 2) Personas detenidas y desaparecidas cuyos cuerpos se recuperaron pero aún están sin identificar, con la misma propuesta del punto anterior sobre su identificación. 3) Personas detenidas desaparecidas y que han sido identificadas”⁵³.

Pese al expreso carácter de órgano pericial, resulta evidente que todo aquel habituado a lo que se ha venido a conocer con el neologismo de “Justicia Transicional”, o “Justicia de Transición”, podrá encontrar aquí ciertos ecos y/o consecuencias prácticas del denominado como “Derecho a la Verdad”, cuya concreción más conocida son las llamadas “Comisiones de la Verdad”⁵⁴. Jurídicamente no cabe duda de que no estamos ante un órgano de esta naturaleza, pero de hecho, todo parece llevarnos hacia ese ámbito fundamental; cubriéndose así, dicho sea de paso, uno de los más vergonzantes vacíos de España en lo que refiere a las medidas básicas a adoptar dentro del escenario de la “Justicia Transicional”. En todo caso, mucho dependerá de la composición final del Grupo que se acuerde, y del modo en que sus miembros enfoquen y desarrollen su mandato.

En este sentido, y del otro lado, conviene también que apuntemos al menos la posibilidad de potenciales conflictos o problemas fácticos entre la futura labor de este Grupo de Trabajos y lo dispuesto en artículos como el 12 de la ya referida “Ley de Memoria Histórica”⁵⁵, así como con el desarrollo normativo previsible una vez España

⁵² Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Decimosexto.

⁵³ *Vid. Idem.*

⁵⁴ Sobre ellas, a mi juicio el trabajo ya clásico de referencia es el HAYNER, P. B.: *Unspeakable Truths. Confronting Terror and Atrocity*, Routledge, Nueva York, 2001.

⁵⁵ “**Artículo 12.** Medidas para la identificación y localización de víctimas. 1. El Gobierno, en colaboración con todas las Administraciones públicas, elaborará un protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegure la colaboración institucional y una adecuada intervención en las exhumaciones. Asimismo, celebrará los oportunos convenios de colaboración para subvencionar a las entidades sociales que participen en los trabajos. 2. Las Administraciones públicas elaborarán y pondrán a disposición de todos los interesados, dentro de su respectivo ámbito territorial, mapas en los que consten

ratifique la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

El Razonamientos Jurídico Decimoséptimo, por su parte, aborda el examen de varias peticiones de exhumaciones deducidas de la causa⁵⁶, y a este respecto, y en lo que ahora interesa, establece una serie de criterios básicos, tanto para las presentes como para futuras exhumaciones, con vistas a autorizar su inicio, desarrollo o continuación; a saber: “A) La certeza o información contrastada de la existencia en el lugar de que se trate, de una fosa en la que podrían existir restos de personas detenidas-desaparecidas. B) Su previa petición de los interesados, y caso de ausencia, deberá decidirse por la autoridad judicial que corresponda. C) La ubicación y titularidad del lugar, así como si existe conformidad o no por parte del mismo, cuya ausencia deberá ser suplida con la correspondiente autorización de la autoridad judicial que valorará todas las circunstancias concurrentes, atendiendo al interés más necesitado de protección que, en este caso, sería la del hallazgo de la víctima.” A ello habrá que agregar algunas indicaciones adicionales de gran importancia, como son que: “D) La exhumación deberá hacerse, en todo caso, bajo la supervisión y dirección de la autoridad judicial en cuya jurisdicción se encuentre el lugar, específicamente a la hora de proceder al levantamiento del cadáver, identificación, inhumación y registro de la víctima. E) La identificación de restos de las víctimas se hará mediante el auxilio de las técnicas que correspondan tanto en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (Servicio de Biología) (artículo 480 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), como en clínicas forenses, grupo de expertos o con el auxilio de los técnicos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, Universidades o cualesquiera otros organismos nacionales o internacionales que puedan aportar ayuda. F) Se solicitará dictamen al grupo de expertos para la posible creación de un banco de ADN para la acumulación de las cepas que puedan ser necesarias para poder desarrollar las pruebas de este tipo que correspondan con el fin de identificación de las víctimas, y, para cuya concreción práctica se reclamará la cooperación del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (Servicio de Biología) citado. G) Las exhumaciones deberán realizarse

los terrenos en que se localicen los restos de las personas a que se refiere el artículo anterior, incluyendo toda la información complementaria disponible sobre los mismos.

El Gobierno determinará el procedimiento y confeccionará un mapa integrado que comprenda todo el territorio español, que será accesible para todos los ciudadanos interesados y al que se incorporarán los datos que deberán ser remitidos por las distintas Administraciones públicas competentes. Las áreas incluidas en los mapas serán objeto de especial preservación por sus titulares, en los términos que reglamentariamente se establezcan. Asimismo, los poderes públicos competentes adoptarán medidas orientadas a su adecuada preservación.”

⁵⁶ En concreto, y aunque no da razón de porqué se refiere sólo a éstas y no a otras: “1. El 5 de Mayo de 2008, de la Asociación “Nuestra Memoria, Sierra de Gredos y Toledo”, participando la que se va a llevar a cabo en el término municipal de Parrillas (Toledo). 2. El 28 de Agosto, por la misma asociación y ocho más, comunicando las que se van a practicar o se han practicado en los términos municipales de Adrada de Haza, San Juan del Monte, ambos en la provincia de Burgos; La Robla, Ponferrada, Balboa, Dehesas, Camponaraya, Magaz de Abajo, Tejedo del Sil y Carucedo, todos ellos en la provincia de León. 3. El 8 de Septiembre, por D^a Carmen Dorado Ortiz, comunicando exhumación en el término municipal de Córdoba. 4. El 12 de Septiembre, por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Granada y D^a Nieves García Catalán, comunicando la exhumación de los restos humanos de Dióscoro Galindo y Francisco Baladí Melgar, entre los términos municipales de Víznar y Alfacar (Granada). 5. El 22 de Septiembre, por D^a Juana Bort Padilla, para que ordene la apertura de las fosas comunes existentes en las localidades de La Palma del Condado, Bonares y Niebla, en la provincia de Huelva, entre otras diligencias. 6. El 6 de Octubre, por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica y otras, comunicando exhumaciones en Valdenoceda (Burgos), Fuerte San Cristóbal (Navarra) y La Serna (Madrid).”

procurando preservar las medidas de seguridad, privacidad, con cooperación del titular del lugar, así como garantizando la dignidad de las víctimas y familiares, evitando que pueda perjudicarse o deteriorarse la acción de la justicia.”

Finalmente, y antes de abordar *strictu sensu* las decisiones del Auto, El Razonamientos Jurídico Decimoctavo evalúa un conjunto de peticiones tendentes a garantizar, fomentar u ordenar, en su caso, la cooperación de diversas instituciones en la labor de investigación iniciada; desestimando sólo aquellas que a su juicio quedan fuera de la competencia propia del Juzgado Central de Instrucción N°. 5.

V. LA DECISIÓN FINAL DEL AUTO.

Entrando entonces en la parte dispositiva final, tras todo lo visto el Auto evidentemente declara la competencia de la Audiencia Nacional para entender de los crímenes denunciados de detención ilegal sin dar razón del paradero o desaparición forzosa en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con delitos contra la Constitución y los altos organismos de la nación.

A renglón seguido cursa oficio a los correspondientes Registros Civiles para que aporten certificado de defunción de los sujetos que, *a priori*, ha identificado como máximos responsables de los crímenes en cuestión; todo ello con vistas a declarar la extinción de responsabilidad penal por fallecimiento. En concreto, nombra a: Francisco Franco Bahamonde, Miguel Cabanellas Ferrer, Andrés Saliquet Zumeta, Miguel Ponte Manso de Zúñiga, Emilio Mola Vidal, Fidel Dávila Arrondo, Federico Montaner Canet, Fernando Moreno Calderón, Francisco Moreno Fernández, Germán Gil y Yuste, Luis Orgaz Yoldi, Gonzalo Queipo de Llano y Sierra, Francisco Gómez-Jordana y Souza, Francisco Feroso Blanco, Luis Valdés Cabanilla, Nicolás Franco Bahamonde, Francisco de Asís Serrat i Bonastre, José Cortés López, Ramón Serrano Súñer, Severiano Martínez Anido, Tomás Domínguez Arévalo, Raimundo Fernández Cuesta y Merelo, Valentín Galarza Morante, Esteban Bilbao y Eguía, Jose Luis Arrese y Magra, Juan Yagüe Blanco, Salvador Moreno Fernández, Agustín Muñoz Grandes, José Enrique Varela Iglesias, Juan Vigón Suerodíaz, Blas Pérez González, Carlos Asensio Cabanillas, Eduardo Aunós Pérez, Eduardo González Gallarza, y Francisco Regalado Rodríguez. Para a continuación, en el punto tercero, reclamar al Ministerio del Interior los datos que identifiquen a los máximos dirigentes de la Falange Española, entre el 17 de julio de 1936 y 31 de diciembre de 1951, para una vez identificados, acordar lo necesario sobre la imputación y extinción, en caso de fallecimiento, de la responsabilidad penal. De este modo, y como ya hemos destacados, vuelve a dejarnos con el interrogante de qué ocurrirá si queda demostrado el fallecimiento de todos ellos.

Finalmente, en los puntos cuarto al octavo, dispone la formación del Grupo de Expertos y del grupo de Policía Judicial, autoriza las exhumaciones señaladas (algunas de ellas ya finalizadas), y ordena practicar las diligencias de fomento o cooperación de la actividad investigadora que hemos indicado en el apartado anterior.

Acabemos señalando que en el momento de redacción de este breve análisis, no existe aún notificación formal a los denunciantes por parte de la Fiscalía del Audiencia

Nacional, aunque diversas fuentes adelantan la interposición de un duro recurso ante el contenido del Auto que hemos comentado en este trabajo.